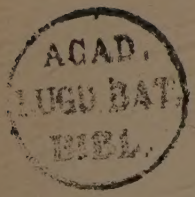
Die Lehre von den Kommorienten.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
von

E. H. W. Autzenbecher,
Amtsassessor und Hilfsarbeiter beim Großherzogl. oldenburgischen Staatsministerium, Departement der Justiz,
in Oldenburg.

Genehmigt von der hohen juristischen Fakultät
der
Königlich württembergischen Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen.



Oldenburg.
Druck von B. Scharf.
1901.

Meiner Mutter!

Die Lehre von den Kommorienten. [1]

§ 1. Einleitung.

Wer einen Rechtsanspruch auf die Priorität des Todes der einen von zwei gestorbenen Personen (commorientes) [1] gründet, muß im Bestreitungsfalle den früheren Tod dieser Person beweisen, widrigenfalls er sein Recht nicht durchsetzen kann. Ebenso muß derjenige, welcher einen Anspruch darauf stützt, daß von zwei Personen die eine die andere überlebt habe, die Thatsache des Ueberlebens beweisen. l. 35 (34) D. ad S. C. Treb. 36, 1. Dies entspricht den Grundsätzen über die Beweislast. [2]

Sind zwei Personen zusammen umgekommen, ohne daß sich die Zeitfolge ihres Todes feststellen läßt, so steht hiernach das Verhältnis so, als wären beide gleichzeitig verstorben.

Eine Rechtsvermutung, deren Existenz manche [3] behaupten, findet sich in den Quellen für diesen Fall nicht. Die für das Gegenteil angezogenen Stellen

l. 9 pr. D. de reb. dub. 34, 5 [4]
l. 9 § 3 eod. [5]
l. 16—18 eod.
l. 35 D. ad S. C. Treb. 36, 1 [4]

---

[1]) Der Ausdruck ist quellenmäßig: l. 32 § 14 D. de don. i. v. et u. 24, 1.

[2]) Vgl. Regelsberger, Pand. I § 60 bei Note 1; Dernburg, Pand. I § 50 Ziff. 4.

[3]) von Savigny, System des heut. r. R. II S. 20 Ziff. 1; Bekker, Pand. I § 46 bei Note f.; Keller, Pand. § 20 S. 33 fg. (Ziff. 1 und Note 1); Sturm in Gruchots Beiträgen Bd. 29 S. 302; Pfizer in v. Holtzendorffs Rechtslexikon (3. Aufl. 1881) 2. Bd. S. 495 fg. und wohl auch Windscheid, Pand. § 53 a. E. § 429 Note 2 Nr. 2 und Merkel in Weiskes Rechtslexikon XI S. 422.

[4]) S. Dernburg a. a. O. Anm. 16; Sturm S. 304; Merkel XI S. 422—424 bei Note 41; v. Vangerow I § 33 (7. Aufl.) S. 71 a. E.

[5]) Erklärt bei Contardo Ferrini, Le presunzioni in diritto Romano in La Rivista italiana per le scienze giuridiche Volume XIV S. 287 (Sonderabdruck Roma 1893 S. 32).

l. 32 § 14 D. de don. i. v. et u. 24, 1
l. 26 D. de m. c. don. 39, 6
l. 8 D. de reb. dub. 34, 5
l. 34 pr. l. 42 D. de subst. 28, 6

erklären sich zum Teil daraus, daß es sich um die Auslegung eines Rechtsgeschäfts handelte, wobei die vermutliche Willensmeinung des Verfügenden die Entscheidung bestimmt, teils daraus, daß der geltend gemachte Anspruch von dem früheren oder späteren Tode abhängig ist und die Unmöglichkeit des Beweises dieses Umstandes vorausgesetzt wird. Die dort behandelten Fragen sind also mit den allgemeinen Grundsätzen lösbar.[6])

Nach Kipp bei Windscheid (8. Aufl.) § 53 Note 6 „lassen es die Quellen, abgesehen von dem Falle der Eltern und Kinder, selbst wenn beide Personen in gleicher Gefahr umgekommen sind, dabei bewenden, daß man die Zeitfolge der Todesfälle nicht kennt". Dem ist zuzustimmen. Das justinianische Recht beläßt es dabei, daß, wenn bei der Beurteilung von Verhältnissen in Frage kommt, ob eine Person eine andere mit ihr in gemeinsamer Lebensgefahr umgekommene überlebt habe oder vor ihr verstorben sei, der Sachverhalt aber nicht in Gewißheit versetzt werden kann, diejenigen Rechtsfolgen eintreten, welche sich nach den Umständen aus dem Zustande der Ungewißheit bezw. Unerweislichkeit ergeben. Läßt sich das Zeitverhältnis der Todesfälle nicht feststellen, so gilt keiner der Kommorienten als zur Erbschaft des andern berufen. Mit dem von uns aufgestellten Satze wird also lediglich ausgesprochen, was die Beweislage mit sich bringt.

---

[6]) Die hier vertretene Ansicht teilen: Joh. Georg Burgmann, Dissertatio iuridica inauguralis de praesumto ordine mortalitatis commorientium in linea recta. (Rostock 1734) S. 12 § XII: L. 8 D. de reb. dub. „reiectis praesumtionibus uterque hoc casu primus ultimusque obiisse, et uno quasi momento animam efflasse, haud incommode dici potest." Wendt, Pand. (1888) § 17 S. 36. Stobbe, Handb. d. D. Pr. Rs. 1. Bd. (3. Aufl.) § 38 S. 301; Bruns in v. Holtzendorffs Encyklopädie, systematischer Teil (5. Auflage neu durchgesehen und ergänzt von Eck) S. 449 Ziff. 2; Hölder, Pand. (1891) S. 103 § 21; v. Vangerow, Pand. I § 33 Anm. 2 Ziff. 1 u. 2 S. 70 fg. (7. Aufl.); Sintenis, Civilrecht Bd. 1 § 13 bei Note 12; Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen (1866) S. 358 fg.; Baron Pand. (9. Aufl. 1896) S. 41 § 19; Dernburg a. a. O.; Regelsberger Pand. I § 60 S. 247; Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts S. 90 N. **.

Die obigen Beweisregeln sind im justinianischen Rechte durchbrochen durch die Aufstellung einer Präsumtion. Welchen Umfang letztere hat, ist streitig. Ihre Grenzen zu bestimmen, soll im folgenden versucht werden.

§ 2. Die Quellen.

Man ist darüber einig, daß sich in folgenden Quellenstellen Anwendungsfälle der Präsumtion finden:

1) l. 26 pr. D. de Pact. Dotal. 23, 4

Papinianus libro quarto responsorum Inter socerum et generum convenit, ut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret. mulier naufragio cum anniculo filio periit. quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit.

Zwischen Schwiegervater und Schwiegersohn ist ein Dotalvertrag abgeschlossen worden, inhalts dessen die dos dem Manne verbleiben soll, wenn die Frau von einem mindestens einjährigen Sohne überlebt wird, der Mann die dos aber nur zu einem Teile behalten soll, wenn der Sohn vivente matre verstorben ist. Die Frau ist mit ihrem anniculus filius im Schiffbruch umgekommen. Der Mann behält nur einen Teil der dos, weil es wahrscheinlich erschien, daß der unmündige Sohn vor seiner Mutter verstorben sei.

Die Worte „quia bis perisse" sind, wie Form (quia — videbatur — placuit) und Inhalt bezeugen, ein Einschiebsel der Kompilatoren, welche da etwas von einer Präsumtion erblickten, wo es sich um die Anwendung der gewöhnlichen und allgemeinen Regeln des Beweisverfahrens handelt.

Papinians Behandlung des Falls ist die einzig mögliche nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen. Der Jurist entscheidet nämlich, es sei die Bedingung der Prämorienz der Mutter nicht festgestellt und folglich müsse der Gatte sich mit dem Teil der dos begnügen. Um mit der exceptio pacti die Klage des Schwiegervaters, der die dos zurückverlangt, aus dem Felde schlagen zu können, muß der Gatte beweisen, daß die Bedingung des Dotalvertrages eingetreten ist, daß nämlich der Sohn die Mutter überlebt hat, und

gerade einen derartigen Nachweis kann er nicht liefern. Er kann also nicht die dos retinere, er muß sie zurückgeben, unbeschadet des Teils, der nach dem Abkommen in jedem Falle ihm zusteht.

Man würde also nicht einsehen, wozu man eine Kommorientenpräsumtion aufgestellt hat, es müßte denn sein wegen der Worte, die wir in den Pandekten lesen: „quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse“. Dieser Satz, sehr wichtig um den Geist des justinianischen Rechts kennen zu lernen, kann aber, wie soeben ausgeführt, dem Papinian nicht zugehören, sondern rührt von der Hand der Kompilatoren her, welche dadurch der Stelle den Stempel der Kommorientenpräsumtion aufdrückten. Vgl. Ferrini a. a. O. S. 281 (31) und S. 292 (37) Nr. 24.

2) l. 9 § 1 D. de reb. dub. 34, 5

Tryphoninus libro 21 disputationum Cum bello pater cum filio periisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

Als Vater und Sohn im selben Kriege ums Leben gekommen waren, ohne daß man wußte, wer vorher und nachher, und da nun einerseits die Mutter als Erbin des Sohnes auftrat, der seinerseits Erbe des Vaters war, und andererseits die väterlichen Agnaten als Erben des Vaters auftraten, gestand Hadrian im Ausnahmewege (durch constitutio personalis) der Mutter die Erbberechtigung zu: divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

Nach den Worten „bello perisset“ wird allgemein [1]) angenommen, daß es sich um einen filius miles handelt. Daraus ergibt sich dann, daß von einem mündigen filius die Rede ist. Denn der Eintritt in das Heer konnte erst mit dem 17. Lebensjahre erfolgen. Indes läßt sich nicht mit voller Gewißheit behaupten, daß der von Hadrian entschiedene Fall wirklich einen mündigen Sohn betraf. Auffallend bleibt es immerhin, daß

[1]) Mühlenbruch im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4 S. 403, welcher in Note 16 auf Donellus, de Retes, Stryk und Voonda sich beruft. Gaedcke, de iure commorientium ex disciplina Romanorum (Rostock und Guestrow 1830) S. 12 bei Note 16. Glück, Intestaterbfolge S. 12 bei Note 22; v. Savigny a. a. O. II S. 21 § 63 Note f.; v. Vangerow a. a. O. I § 33 S. 70 Anm. 2 Ziff. 1 (7. Aufl.); v. Wächter, Pand. I § 42 Note 3 (1880) S. 200.

gerade dieses für die Präsumtion entscheidende Moment nicht deutlich hervorgehoben ist. Der nicht mitgeteilte Grund für die Entscheidung des Kaisers wird aus den besonderen Umständen des Falls, z. B. der Armut der Mutter, entnommen sein. Jedenfalls ist eine derartige Ausnahmeverfügung für sich nicht geeignet, den Rechtszustand zu ändern.

Vgl. Ferrini a. a. O. S. 288 (S. 33): „Ma tali disposizioni eccezionali non mutano lo stato del diritto, finchè i principî si limitano a concedere **semel iterumque**; niuno è autorizzato a seguire tali sentenze, che si ispirano alle specialissime circostanze del caso, p. e. la povertà della madre etc."

3) l. 9 § 4 eod.

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

a. Lucius Titius ist mit seinem mündigen Sohne, welchen er zum Universalerben eingesetzt hatte, zusammen ums Leben gekommen. Der Sohn wird als Erbe angesehen und selbst beerbt;

b. ein unmündiger Sohn ist mit seinem Vater umgekommen. Letzterer gilt als überlebend, — auch hier vorbehaltlich des Gegenbeweises.

4) l. 22 eod.

Javolenus libro quinto ex Cassio Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse.

Eine Mutter ist mit ihrem mündigen Sohne im Schiffbruch umgekommen, ohne daß sich die Zeitfolge des Todes hat feststellen lassen. Es wird angenommen, daß der mündige Sohn seine Mutter überlebt habe.

5) l. 23 eod.

Gaius libro quinto ad legem Juliam et Papiam. Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur.

Wenn eine Frau mit ihrem unmündigen Sohne im Schiffbruch umgekommen ist, gilt der Sohn als vorverstorben.

Auch die unter 3)—5) mitgeteilten Texte (l. 9 § 4, l. 22 und l. 23) sind von den Kompilatoren arg zugerichtet, wie Ferrini a. a. O. überzeugend nachgewiesen hat.

Sofort der Eingang der l. 9 § 4 cit. verrät die Hand der Kompilatoren. „Si Lucius Titius . . . perierit". Nirgendwo wird von den klassischen Juristen der Thatbestand in solcher Weise auseinandergesetzt. Der Gebrauch des Eigennamens in der vorliegenden Formel weist deutlich darauf hin, daß Tryphonin seiner Entscheidung die Auseinandersetzung des Falls nach Art einer Erzählung vorausgeschickt hat, welche von den Kompilatoren fortgelassen worden ist. Die Interpolation des Textes erhellt ferner aus dem doppelten „approbetur".

Die beiden anderen Stellen (fr. 22 und fr. 23 cit.) werden sich auf irgend einen Thatbestand bezogen haben, welchen wir jetzt nicht kennen. Es ist unerfindlich, aus welchem Grunde es menschlicher sei zu glauben, daß der mündige Sohn seine Mutter überlebt habe. Man sieht nicht, daß dies der Fall sein kann wegen der erbrechtlichen Wirkungen. Auch spricht keine innere Wahrscheinlichkeit dafür.

Daß die in Rede stehenden Pandektenstellen interpoliert sind und erst die Kompilatoren eine Lehre eingeführt haben, die den alten Quellen fremd ist, erhellt ferner aus folgenden Erwägungen:

Wenn die sog. Kommorientenpräsumtion so alt wäre, daß schon Cassius oder wenigstens Javolenus (beide unter Vespasian [69—79 n. Chr.]) sie kannten und ihrer Entscheidung im fr. 22 zu Grunde legen konnten, wie konnte dann Hadrian (117—138 n. Chr.) den ihm nach fr. 9 § 1 cit. vorgelegten Kommorientenfall als einen ganz speziellen entscheiden, wie wenn keine Norm dafür vorher existierte? Wie kann ferner Tryphonin in l. 9 § 2 D. de reb. dub. 34, 5 bezüglich des Falls, in dem ein Freigelassener mit seinem Sohne umkommt, in völliger Unkenntnis dieser Regel sein, die er kurz darauf im § 4 eod. aufstellt? Herrscht nicht zwischen § 1, 2 und 4 Widerspruch? Auch Ulpian könnte im fr. 18 § 7 D. 36, 1 nicht in Unwissenheit sein über eine solche Unterscheidung, wenn die Texte, wie wir sie jetzt lesen, echt wären.

In lichtvoller Weise führt Ferrini a. a. O. aus, wie die Unterscheidung zwischen Mündigen und Unmündigen sich in den Texten der klassischen Juristen sehr wohl finden konnte, aber aus einem ganz anderen Grunde, als demjenigen, welchen die Kompilatoren irrtümlicherweise voraussetzten. „Nel caso che morisse col padre un figlio impubere e s'ignorasse la relativa cronologia delle morti, a pretendere l'eredità poteva sorgere il sostituto; giacchè delle due l'una: o il figlio era sopravissuto al padre e il sostituto ne chiedeva la eredità ex capite substitutionis pupillaris o il figlio era premorto e il sostituto domandava l'eredità paterna **capite ex substitutionis vulgaris** implicita nella prima. Siccome nella ipotesi attuale il figlio non avrebbe potuto avere altri beni fuorchè i paterni, così tornava indifferente al sostituto l'una o l'altra delle due possibilità. — Non così quando si tratta degli eredi propri del figlio, come sempre se il figlio ha raggiumto la pubertà; qui, se gli eredi di lui non provano la premorienza del padre, nulla possono ottenere. — Ben può quindi Trifonino avere statuita la distinzione, che poi dai compilatori fu adibita a altro fine. — Non è invece da credersi che i classici facessero uguale distinzione nel caso che il figlio morisse colla madre; giacchè in tale ipotesi non c' era veruna differenza per gli effetti successorï, se il figlio morisse prima o poi. Infatti nè l'eredità della madre avrebbe potuto trovarsi in quella del figlio, nè viceversa; poichè, ancorchè vi fosse stata delazione, non poteva esservi acquisto." Auch aus diesem Grunde ist es unverständlich, wie der Jurist schreiben konnte: „humanius est credere filium diutius vixisse". Die beiden Stellen (fr. 22 und 23) werden eine sehr verschiedene Lösung enthalten haben. Wenn in der That die Juristen sich die Frage in abstracto gestellt hätten, so ist es nicht glaublich, daß sie sich darauf beschränkt haben würden, nur die eine der beiden Kategorien zu untersuchen.

§ 3. Die Kommorientenpräsumtion nach dem Wortlaute der Quellen.

Das corpus iuris civilis gleicht keinem der modernen Gesetzbücher, welche abstrakte Rechtssätze formulieren. Ein großer Teil der justinianischen Kodifikation besteht vielmehr aus kasuistischen

Entscheidungen, welche Zeugnisse bilden für das bestehende Recht.[1]) Aufgabe der Interpretation ist es, aus diesem Rohstoff den Rechtssatz, welcher den Entscheidungen der Einzelfälle zu Grunde liegt, herauszuschälen, „aus dem Marmorblock die Marmorstatue zu befreien".

Zur Lösung dieser Aufgabe sind zunächst die einzelnen Anwendungsfälle des betr. Rechtssatzes mit einander in Beziehung zu setzen und ist durch Vergleichung das Gemeinsame der konkreten Thatbestände herauszustellen. Hierbei ist jedoch die Warnung Windscheids[2]) nicht außer acht zu lassen, welcher darauf hinweist, daß sich in die Relation des Thatbestandes eines einzelnen zu entscheidenden Falles möglicherweise ein Moment einschleicht, welches für die Entscheidung nicht maßgebend ist.

Treten wir nun mit diesen Grundsätzen an die oben besprochenen Quellenentscheidungen heran, so gewinnen wir aus ihnen durch Abstraktion folgenden Thatbestand der Präsumtion:

„Wenn ein Vater mit seinem Sohne oder eine Mutter mit ihrem Sohne in gemeinsamer Gefahr umgekommen ist, so gilt vorbehaltlich des Gegenbeweises die Vermutung, daß der geschlechtsreife Sohn nach seinen Eltern, der nicht geschlechtsreife vor ihnen verstorben ist."

Einige Rechtslehrer[3]) wollen von dem Erfordernis des zusammen, d. h. durch dieselbe Thatsache, bei derselben Gelegenheit Umgekommenseins (der gemeinsamen Lebensgefahr) absehen. Diese Ansicht findet in den Quellen aber keine Stütze. In l. 9 § 1 D. de reb. dub. 34, 5 heißt es: bello pater cum filio perisset und in l. 22 und l. 23 D. eod. sowie in l. 26 pr. D. de Pact. Dotal. 23, 4 wird bemerkt, daß mater cum filio „naufragio" periit.

Wenn in diesen vier Stellen, wie wir sie im corpus iuris lesen, welche zudem von verschiedenen Juristen (Tryphoninus,

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 395. Burckhard a. a. O. S. 113; S. 223—226; Hölder, Pand. § 10 S. 60 in und bei Note 1.

[2]) Pandekten (7. Aufl.) § 25 a. E. und „Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung" (Universitätsprogramm Leipzig 1878) § 14.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. S. 397 ff.; Thibaut, System des Pandektenrechts (9. Aufl.) S. 90 Anm. y.; Kierulff a. a. O. S. 92; Böcking, Institutionen § 32 Note 11; Arndts, Pand. (11. Aufl.) § 27 Anm. 1.

Javolenus, Gaius und Papinianus) herrühren, das in Rede stehende Erfordernis hervorgehoben wird, so wird man das für einen Zufall nicht halten können, vielmehr annehmen müssen, daß die Präsumtion sich auf den Fall der gemeinsamen Lebensgefahr beschränkt. [4] [5] An dieser Auffassung kann der Umstand nicht irre machen, daß Tryphoninus im § 4 der l. 9 cit. die Todesgefahr nicht näher bezeichnet, sondern den zu entscheidenden Fall mit den Worten skizziert: „Si Lucius Titius cum filio pubere perierit“ und „si impubes cum patre filius perierit“. Denn der Zusammenhang der l. 9 cit. ergibt, daß der Jurist Fälle von pariter und und simul mortui im Auge hat. Cum hat hier die Bedeutung von una, simul cum. (Vgl. Burgmann a. a. O. S. 28 § 15 und Regelsberger, Pand. I § 60 Note 5.)

Die l. 11 pr. D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11 („duobus peregre defunctis“) ferner, welche für die hier zurückgewiesene Ansicht herangezogen wird, spricht garnicht von Eltern im Verhältnis zum filius; auch ist die Priorität des Todes der peregre gestorbenen liberi in dem dort behandelten Fall unerheblich. Die Stelle liegt mithin abseits.

Bevor wir nun weiter untersuchen, ob man bei dem oben (S. 12) formulierten Thatbestande der Präsumtion stehen bleiben muß oder ob ihre Grenzen weiter zu stecken sind, soll eine Darstellung und kurze Besprechung der bisherigen Ansichten über den Umfang der Kommorientenpräsumtion gegeben werden.

---

[4] Die erforderliche „gemeinsame“ Gefahr ist nicht allzueng („vier Leben endet ein Schlag“) zu verstehen. Vgl. l. 9 § 1 D. de reb. dub. 34, 5 „cum bello pater cum filio periiset“. Samuel Stryk Tr. de Succ. ab int. D. X. (oper. praestant. Vol. IV) c. 2 § 6. Bekker, Pand. I S. 159 § 46 Note g; Hölder, Pand. I S. 103 § 21.

[5] Stirbt daher die Mutter im Wochenbette und das Kind gleichzeitig an Entkräftung, so ist die Vermutung unanwendbar; denn die Gefahr für Mutter und Kind war eine verschiedene. Dernburg, Pand. (6. Aufl.) Bd. I § 50 Ziff. 4 a. E. Regelsberger, Pand. I § 60 Note 5. Seuff, Arch. II Nr. 125. Vgl. Girtanner, Rechtsfälle (4. Aufl.) Nr. 75. Hölder, Pand. S. 103.

§ 4. Die bisherigen Lehren.

In früherer Zeit nahm man, unter Berufung auf l. 15 pr. D. de inoff. test. 5, 2; l. 2 D. de term. moto; l. 15 D. de fideic. lib. an, daß der Aeltere vor dem Jüngeren oder daß der Ascendent vor dem Descendenten [1]) gestorben sei. So bemerkt Dionysius Gothofredus in Note r. zu l. 9 § 4 D. de rebus dubiis 34, 5: „ascendens prius mortuus intellegitur, quam descendens: ut in hujus modi casibus ab ordine naturali mortalitatis ducatur argumentum, l. 15 D. de inoffic." Vgl. Note k zu l. 9 Cod. de inst. et subst. 6, 25: „. . . Praesumi senem ante juvenem mori, v. Alciat. I. praesumpt. 43." Vgl. Jacobi Menochii de praesumtionibus, coniecturis, signis et indiciis Commentaria. S. Burckhard S. 34.

Allein von einer solchen Präsumtion findet sich weder in den angezogenen Stellen noch sonst in den Quellen eine Spur. Ihr widerstreiten die l. 9 § 4 D. de reb. dub. 34, 5; die l. 23 D. eod. und die l. 26 pr. D. de Pact. Dot. 23, 4. Sie ist daher mit Recht von den Neueren aufgegeben worden. [2]) (v. Vangerow, Lehrbuch I § 33 Anm. 2 (7. Aufl.) S. 70.)

Eine andere Ansicht hat Mühlenbruch in seiner Abhandlung „Ueber die Priorität des Todes" im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 4 Nr. 27 ausgesprochen. (Vgl. Lehrbuch I S. 185.) Mühlenbruch, welchem v. Wening-Ingenheim (Civilrecht I § 58 S. 149) und Schilling (Pandekten-Recht § 198) beigetreten sind, stellt (S. 399 und S. 405) folgende Sätze auf:

1) „Im Zweifel ist der Tod des Unmündigen vor dem des Mündigen zu vermuthen."
2) „so oft es gewiß ist, daß ein Kind bei seinem Tode die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht hatte, wird im Zweifel allemal das frühere Ableben eines Ascendenten angenommen."

Er führt (S. 401) zur Begründung der ersten Präsumtion an, daß die Römer bei Aufstellung derselben von dem Erfahrungssatze

[1]) Für den Fall des natürlichen Todes vertritt diese Ansicht Burgmann Caput II § III ff. S. 18 ff. mit Litteraturnachweisen. (Glück, Intestaterbfolge S. 14 Note 24 citiert irrig „Jac. Carmon". Carmon ist der Name des Dekans, unter dem Burgmann doktorierte.)

[2]) Ueber andere „willkührliche Annahmen" vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 393 in und bei Note 3 und 4. S. 394 Note 5.

ausgegangen seien, daß „von einer gewissen Anzahl von Geborenen die Meisten innerhalb der Jahre der Unmündigkeit wieder (!) sterben" und behauptet, die zweite Präsumtion beruhe nicht auf einem so allgemein durchgreifenden Grunde wie jene erstere. Mühlenbruch stellt die beiden Vermutungen also als ungleichartige hin und leitet sie aus verschiedenen Gründen ab.

Die § 2 citierten Quellenstellen, insbesondere die l. 9 § 4 D. de rebus dubiis 34, 5, zwingen jedoch zu der Annahme, daß die Kompilatoren beide Vermutungen als gleichartig gedacht haben. (v. Savigny, System II S. 22 Note h.) In den Quellen findet sich ferner nirgends eine Andeutung, daß jener Erfahrungssatz die ratio der in Rede stehenden Präsumtion sei. Auch würde derselbe, wie schon v. Vangerow (a. a. O. Bd. I § 33 S. 71 Anm. 2 Ziff. 1) bemerkt hat, nur in dem Falle entscheiden können, wenn es sich um die Frage handelte, ob der Mündige oder der Unmündige als verstorben anzusehen sei, nicht aber auch dann, wenn der Tod beider gewiß und nur die Zeifolge desselben ungewiß ist.

Aus diesen Gründen können die von Mühlenbruch aufgestellten Sätze als quellenmäßig nicht angesehen werden.

Fritz, Erläuterungen, 1. Heft (1833) S. 136, welcher Mühlenbruch insoweit beistimmt, als er die für den früheren Tod des Unmündigen im corpus iuris enthaltene Präsumtion auch bei anderen Personen als Ascendenten und Descendenten zur Anwendung bringen will, glaubt, es gebe wenigstens einen Fall, wo man in einen circulus inextricabilis käme, wenn man die Präsumtion nicht auch bei anderen Personen gelten lassen wolle. Er meint den Fall, wo ein unmündiges und ein mündiges Kind mit einem gemeinschaftlichen Ascendenten umkommt. Allein die vermeintliche Schwierigkeit dieses Falles löst sich sehr einfach in der Weise, daß der Ascendent das unmündige Kind überlebt und seinerseits vor dem mündigen verstirbt. Letzteres beerbt also gegebenenfalls beide. (Vgl. Sintenis, Civilrecht I §13 Note 11 a. E. (1. Aufl. S. 95) und Burgmann S. 22 Caput II § IIX.) Einen anderen hier zu untersuchenden Satz hat Gaedcke in seiner Abhandlung de iure commorientium ex disciplina Romanorum (Rostock und Guestrow 1830) S. 37 ff. aufgestellt.

Gaedcke teilt alle Menschen in zwei Klassen ein: er unterscheidet Starke und Schwache. Zu den letzteren zählt er die impu-

beres und die mulieres; zu den ersteren alle übrigen Menschen. Nach Gaedcke ist die in den Quellen enthaltene Kommorientenpräsumtion dahin zu formulieren: Im Zweifel gilt der Schwache als vor dem Starken verstorben.[3]) Gegen den Gaedcke'schen Satz spricht aber l. 9 § 1 und § 4 D de reb. dub. 34, 5 cit., wo präsumiert wird, daß ein mit seinem Vater gemeinsam umgekommener mündiger Sohn den Vater, also ein Starker den anderen überlebt habe.

Wenn Gaedcke a. a. O. S. 42 diesen Fall für eine Ausnahme von seiner Regel erklärt, so gibt er letztere damit offenbar selbst auf.

Die soeben besprochenen Ansichten von Mühlenbruch und Gaedcke haben denn auch wenig Anklang gefunden. (Vgl. das Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg in Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 176 und dort Citierte. Ferner Keller, Pandekten (1861) § 20 S. 33 fg.; v. Wächter, Pandekten I (1880) § 42 S. 199 fg.; Holzschuher, Theorie und Casuistik I S. 277; Dernburg, Pandekten (6. Aufl.) S. 112 fg. § 50 Ziff. 4; Wendt, Pandekten (1888) § 17 S. 36; Regelsberger, Pandekten I S. 247 fg. § 60; Sturm in Gruchots Beiträgen Bd. 29 Nr. 7 S. 302; Burckhard, die civ. Praes. S. 361; Pfizer in v. Holtzendorffs Rechtslexikon (3. Aufl. 1881) 2. Bd. S. 495 fg.; Hölder, Pand. 1891 § 21 S. 102 ff.; Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 1. Bd. (1886) S. 159 § 46; Bruns in v. Holtzendorffs Encyclopädie [systematischer Teil] (5. Aufl. neu durchgesehen und ergänzt von Eck) S. 449; Baron, Pand. (9. Aufl. 1896) S. 40 § 19 Ziff. 3; Stobbe, Handbuch des D. Pr.-Rechts 1. Bd. (3. Aufl.) § 38 S. 301; Gierke, Deutsches Privatrecht § 42 S. 363 bei Anm. 2.)

In der neueren Zeit wird von manchen[4]) Rechtslehrern folgende Präsumtion als quellenmäßig hingestellt: „Sind Eltern mit unmündigen Kindern in einer Gefahr umgekommen, so gelten als überlebend die Eltern, sind aber Eltern und mündige Kinder in gemeinsamer Gefahr verstorben, die Kinder."

[3]) Vgl. Andreae Aliciati Tractatus de praesumptionibus; Burckhard S. 30.

[4]) Heise und Cropp, juristische Abhandlungen II (1830) Nr. V § 9 S. 160; Keller, Pand. § 20 Z. 2; Sintenis, Civilrecht I § 13 III. b.; Dernburg a. a. O.; Windscheid a. a. O.; Regelsberger, Pand. § 60 bei Note 4; Stobbe a. a. O.; Bekker, Pand. 1 § 46; Bruns bei v. Holtzendorff a. a. O.; Savigny a. a. O. u. a. Vgl. Motive z. E. eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I S. 32 II.

Dagegen wird von anderen [5]) das Eltern- und Kindesverhältnis zum Ascendenten- und Descendentenverhältnis erweitert.

Wenig besprochen und nicht unbestritten ist die Frage, ob die Präsumtion für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber gilt. Verneint worden ist sie vom Oberlandesgericht Oldenburg (in Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 176), welchem Stobbe, Handbuch des D. Pr.-Rechts 1. Bd. (3. Aufl.) § 38 S. 301 Anm. 7a) und Gierke, Deutsches Privatrecht § 42 S. 363 Anm. 2 beigetreten sind.

Regelsberger, Pandekten § 60 S. 248 Note 4 erklärt das Urteil des Oberlandesgerichts für „zu ängstlich", ohne Gründe für seine Behauptung anzuführen.

Die Lehrbücher von Dernburg (6. Aufl.) Bd. I § 50 S. 113 Anm. 18 und Windscheid (7. und 8. Aufl.) § 53 Note 5 ziehen dieses Erkenntnis an, ohne zu der dort besprochenen Frage Stellung zu nehmen.

Die vorstehend aufgeworfenen Fragen sollen im folgenden einer näheren Prüfung unterzogen werden.

§ 5. Die Möglichkeit der Erweiterung des Umfanges der Präsumtion. (a. Extensive Interpretation.)

Im § 3 ist die Kommorientenpräsumtion, wie sie sich aus dem Wortlaut der Quellenentscheidungen durch Abstraktion ergibt, formuliert worden. Buchstabenjurisprudenz wäre es aber, wollte man sich hiermit genügen lassen und am Worte haften bleiben, [1]) ohne den vollen Gehalt des gesetzgeberischen Willens mit den Mitteln, welche die Wissenschaft an die Hand gibt, zu erforschen suchen. Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (l. 17 D. de legibus 1, 3).

---

[5]) v. Vangerow, Pand. I § 33 Anm. 2 Ziff. 1 (7. Aufl.); v. Wächter, Pand. I § 42 Ziff. 2; Wendt, Pand. (1888) § 17 S. 36; Arndts, Pand. § 27; Hölder, Pand. (1891) § 21 S. 102 fg.; Baron, Pand. S. 41 § 19; Merkel bei Weiske XI S. 422—424 bei Note 42; Pfizer in v. Holtzendorffs Rechtslexikon (3. Aufl. 1881) 2. Bd. S. 495 fg. Unklar drücken sich aus Burckhard S. 358 und Sturm S. 303.

[1]) Ferrini a. a. O. S. 292 (37) Nr. 25 bleibt hierbei stehen. Abbiamo le presunzioni di premorienza per cui si suppone che il figlio pubere morto in un infortunio con uno dei suoi genitori gli sia sopravissuto e viceversa che il figlio impubere nelle stesse circostanze sia premorto.

Zwei Wege eröffnen sich, um möglicherweise zu einer Erweiterung des von uns gewonnenen Thatbestandes der Präsumtion zu gelangen: extensive Interpretation und Gesetzesanalogie.

Wenn die Worte dem Willen des Gesetzgebers nicht adaequat sind, so sind sie nach Maßgabe des Willens zu berichtigen: licet verba deficiant, sententia legis locum habet. (l. 2 § 40 D. 38, 17 und l. 32 § 22 D. 24, 1.) Umfassen sie also weniger als der Gesetzgeber sagen wollte, so sind sie nach dem Willen des Gesetzgebers auszudehnen. (l. 9 § 2 D. 14, 6; l. 29 D. 16, 1.) Man spricht in solchem Falle von extensiver Interpretation. [Vgl. v. Vangerow, Lehrbuch I § 24 Anm. Ziff. 3c) (7. Aufl. S. 54); v. Wächter, Pand. I § 26 S. 131; Dernburg, Pand. I § 35 (6. Aufl. S. 76.)] Natürlich ist sie nur insoweit möglich, als die Worte wenigstens indirekt den Gedanken des Gesetzgebers erschließen.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall gelangt man zu dem Ergebnis, daß die Präsumtion mittels extensiver Interpretation auf den Fall, wo eine filia mit ihrem Vater oder ihrer Mutter zusammen umkam, auszudehnen ist. Denn „filiorum appellatione et filiae continentur." (l. 16 pr. D. de test. tut. 26, 2; l. 116, 122, 195 pr., 201 D. de V. S. 50, 16; Windscheid, Pand. § 22 Note 2; Burckhard, die civ. Präs. S. 360; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 4 S. 211 a. E.)

Das Oberlandesgericht Oldenburg sagt in dem Urteil vom 12. XI. 1884 (Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 176): „Darin, daß die Präsumtion nicht nur für Söhne, sondern auch für Töchter anwendbar gehalten wird, liegt keine Ausdehnung, da die filia in fr. 16 pr. D. de reb. dub. 34, 5 [2]) ausdrücklich erwähnt wird."

Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich.

Die l. 16 pr. cit. lautet: Marcianus libro tertio regularum: Quod de pariter mortuis tractamus, [3]) et in aliis [4]) agitatum est. ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu competere? et divus Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit.

[2]) Diese Stelle zieht u. a. auch Sintenis, Civilrecht I § 13 Note 11 an; vgl. v. Vangerow S. 70.

[3]) Hier ergänzt Dionysius Gothofredus in Note l: in legatis.

[4]) Hierzu bemerkt derselbe in Note m: puta in stipulationibus.

Eine Schwiegermutter hatte sich von ihrem Eidam die Rückgabe der dos für den Fall versprechen lassen, daß ihre Tochter in stehender Ehe sterben sollte. Sie kam mit ihrer verheirateten, mithin mündigen (vgl. pr. Inst. de nuptiis 1, 10 und l. 4 D. de ritu nuptiarum 23, 2) Tochter zusammen ums Leben und nun entstand die Frage, ob dem Erben der Mutter die Klage aus der Stipulation zustehe. Die Frage wurde vom Kaiser Pius verneint, weil die Mutter ihre Tochter nicht überlebt habe.

Mit den Worten „mater filiae non supervixit" ist keineswegs ausgesprochen, daß die filia die mater überlebt habe, vielmehr ist die Möglichkeit offen gelassen, daß beide gleichzeitig verstorben sind. [5])

Läßt sich somit diese Stelle zum Beweise für die Anwendbarkeit der fragl. Präsumtion auf die mit ihrer mündigen Tochter umgekommene Mutter nicht verwerten, so ist andererseits zu bemerken, daß sie einer solchen Anwendbarkeit nicht widerspricht. Sie ist also neutral.

Uebrigens würde die l. 16. pr. cit. eventuell doch nur den Fall der mater und der (mündigen) filia, nicht den des pater und der filia betreffen. Ob die praesumtio des früheren Todes auf diesen letzteren Fall ausgedehnt werden soll oder nicht, wird vom Oberlandesgericht nicht näher erörtert. Im Falle der Verneinung dieser Frage erscheint die vom Oberlandesgericht als quellenmäßig hingestellte Präsumtion „Wenn Eltern und Kinder u. s. w." zu weit gefaßt; im Falle der Bejahung aber kann unserer Ausdehnung die absolute Unzulässigkeit einer Ausdehnung, welche das Oberlandesgericht proklamiert („vielmehr wird man bei den Worten des Gesetzes (?!) stehen bleiben müssen . ."), nicht mehr entgegengehalten werden.

Zu erwähnen ist noch, daß die Glosse zu l. 9 § 3 D. de reb. dub. 34, 5 die Ausdehnung auf die Tochter in Frage gezogen hat, wenn die Tochter geschlechtsreif, quippe uti animi fragilitate semper laborat femina, ita et corporis, et ea propter tamquam

---

[5]) Wenn Mühlenbruch im A. C. Pr. Bd. 4 S. 406 a. E. (vgl. S. 410 a. A.) erklärt: „Da nun Mutter und Tochter in gleicher Todesgefahr umkamen, und nicht auszumitteln war, welche von beiden zuerst gestorben sey, **also** das frühere Ableben der verheiratheten, mithin mündigen, Tochter angenommen werden mußte . . . ." so ist das offenbar eine petitio principii.

debilior praemortua praesumenda erit. (S. Stryk a. a. O. S. 1245.) Allein in den Quellen findet sich nirgends eine Andeutung, daß die Priorität des Todes nach Maßgabe der größeren oder geringeren Körperstärke der Kommorienten vermutet wird. Auch fehlt es an jeglichem Quellenzeugnis, daß die geschlechtsreife Tochter als praemortua präsumiert werde. Man wird daher der Glosse nicht beitreten können. [6])

Die extensive Interpretation bietet ferner das Mittel dar zur Erweiterung des Eltern- und Kindesverhältnisses zum Ascendenten- und Descendentenverhältnis. l. 201; D. de verb. signif. 50, 16. „Justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione „filii", sicuti filiam familias contineri saepe respondebimus, ita et nepos videatur comprehendi, et „patris" nomine avus quoque demonstrari intellegatur". (Vgl. R. G. Bd. 4 S. 211 a. E.)

Der Fall, in welchem eine Mutter mit ihrem unehelichen Kinde zusammen umgekommen ist, wird zweifellos von der Präsumtion betroffen; denn „mater" ist auch die nicht verheiratete Mutter.

Auf uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber kann die Präsumtion mittels extensiver Interpretation aber nicht ausgedehnt werden. Der Erzeuger eines unehelichen Kindes ist nicht dessen „pater". Uneheliche Kinder gelten vielmehr als ohne Vater geboren. (l. 4 D. unde cogn. 38, 8; § 5 [4] J. de succ. cogn. 3, 5; l. 5 D. de in ius voc. 2, 4 „pater . . is est, quem nuptiae demonstrant"; § 12 Inst. de nuptiis 1, 10: „nec hi patrem habere intelleguntur, cum is etiam incertus est . . quasi sine patre filii"; l. 6 D. de his qui sui vel alieni iuris sunt 1, 6: „Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur"; l. 23 D. de statu hom. 1, 5: „Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet,. qui et spurii appellantur παρὰ τὴν σποράν.

[6]) Vgl. Stryk de S. ab J. Diss. X c. 4 § 1 ff. Ergötzlich ist es zu lesen, wie Stryk sich für seine — die Glosse bekämpfende — Ansicht, daß die Frau kräftiger sei als der Mann, auf die Bibel beruft (Ev. Lucae 20 Vers 29—33 „οἱ γὰρ ἑπτὰ ἔσχον αὐτὴν γυναῖκα."), in welcher ein Fall erwähnt werde, wo ein Weib sieben Männer nach einander gefreit und begraben habe, in welcher aber nirgends davon die Rede sei, daß ein Ehemann nach einander sieben Frauen gehabt und überlebt habe. (Stryk a. a. O. § X S. 1267.) Vgl. Joh. Georg Burgmann a. a. O. S. 27 § XIV.

Wie aber steht es, wenn die Vaterschaft anerkannt und anderweit festgestellt ist?

Das Oberlandesgericht Oldenburg (in Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 176) ist der Ansicht, daß „diesem Umstande in Beziehung auf das Kindesverhältnis des unehelichen Kindes zu seinem Vater in rechtlicher Beziehung jede Bedeutung abgesprochen werden muß." Das ist verfehlt.

Allerdings steht die bloße Anerkennung der Legitimation, durch welche uneheliche Kinder einen Vater und väterliche Verwandtschaft gewinnen können, nicht gleich. (Vgl. Bähr, Anerkennung S. 186 fg. (204 fg); Windscheid, Pand. § 56 b. Note 7; § 522 Note 7). Beispielsweise steht das uneheliche Kind zu seinem Erzeuger bei anerkannter Vaterschaft ohne hinzugetretene Legitimation in keinem Familienverhältnisse, hat mithin auch keinen Anspruch auf Führung des Familiennamens und Familienwappens desselben. (vgl. R. G. Bd. 5 S. 175).

Andererseits ist die bloße Anerkennung für das Verhältnis des Anerkennenden zu dem Kinde nicht ohne Bedeutung. Das spätere römische Recht behandelt nämlich die von einem Manne im Konkubinate erzeugten Kinder (liberi naturales) in einzelnen Beziehungen als seine Kinder. (Vgl. l. 11 D. de jure deliberandi 28, 8; l. 88 § 12 D. de leg. II (31); l. 3 C. ad leg. Juliam de adult. 9, 9). Dies hat die deutsche Praxis auf die unehelichen Kinder überhaupt, ihre Anerkennung vorausgesetzt, übertragen. (Windscheid, Pand. § 56 b. Note 7; § 574 Ziff. 3 Note 12).

So ist z. B. die in Nov. 89 cap. 12 § 2 enthaltene Vorschrift, wonach einer Konkubine und ihren Kindern von deren Vater mehr nicht als ein Zwöftel seines Nachlasses zugewendet werden kann, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, gemeinrechtlich auf alle außerehelichen Kinder und deren Mutter anwendbar, vorausgesetzt nur, daß der Testator sein Vaterschaftsverhältnis anerkennt, bezw. anzuerkennen verbunden ist. (Vgl. R. G. Bd. 8 S. 119 ff.; Windscheid, Pand. § 550 Note 9.)

Wenngleich nun die Konkubinenkinder im späteren römischen Rechte in einzelnen Beziehungen den ehelichen gleichgestellt sind, so gestattet doch die Gleichstellung in einer Beziehung, wie das Oberlandesgericht mit Recht betont, keinen Schluß auf eine solche in anderen Beziehungen. Und ferner darf die den Konkubinenkindern

in einzelnen Beziehungen gewährte Stellung von ehelichen Kindern gemeinrechtlich den unehelichen bezw. den anerkannten unehelichen Kindern nur dann beigelegt werden, wenn der Nachweis eines allgemeinen deutschen Gerichtsgebrauchs oder eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts dafür erbracht wird. So gibt z. B. das spätere römische Recht (Nov. 18 cap. 5 und Nov. 89 cap. 12)[7] den im Konkubinat geborenen Kindern ein Erbrecht gegen den Erzeuger; ein allerdings Jahrhunderte hindurch in der Doktrin und Praxis zur Anerkennung gelangtes Intestaterbrecht der unehelichen Kinder an dem Nachlasse ihres Erzeugers kann aber als ein im gemeinen Rechte bestehendes nicht anerkannt werden, da es an einer gesetzlichen Grundlage für dieses Erbrecht fehlt und ein allgemeiner deutscher Gerichtsgebrauch oder ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht sich nicht nachweisen läßt. (Vgl. R. G. Bd. 12 S. 227 fg.; Windscheid, Pand. § 574 Note 12; Regelsberger, Pand. I § 72 Ziff. 3.)

Bezüglich der Kommorientenpräsumtion fehlt es nun an einer Gleichstellung der Konkubinenkinder mit den ehelichen, auch ist von einem Gerichtsgebrauch oder Gewohnheitsrecht in der fraglichen Hinsicht keine Rede.

§ 6. Fortsetzung. (b. Analogie.)

Während bei der extensiven Interpretation die Absicht des Gesetzgebers entscheidet, handelt es sich bei der Analogie darum, die Fälle, an welche der Gesetzgeber gar nicht gedacht hat, so zu entscheiden, wie der konsequente Gesetzgeber sie entschieden haben würde, wenn er an sie gedacht hätte. (v. Vangerow a. a. O. § 25 Anm. 1 S. 55; Dernburg a. a. O. § 38 Ziff. 1; Regelsberger, Pand. § 38 IV. Remy, Der Begriff des jus singulare und seine praktische Verwendbarkeit [nach gemeinem Recht]. Erlanger Inaug. Diss. 1895. S. 30.)

Es wird in der Analogie zurückgegangen auf ein latentes allgemeines Prinzip (ratio) und dann aus diesem Prinzip als

[7] In diesen Novellen gab Justinian den Konkubinenkindern ein Erbrecht auf ein Sechsteil des Nachlasses ihres Vaters, wenn weder eine legitime Ehefrau noch Kinder vorhanden waren, unter gewissen, im Gesetze näher hervorgehobenen Voraussetzungen.

Obersatz eine Reihe von Konsequenzen als Untersätze, die im Gesetz nicht unmittelbar ausgesprochen waren, abgeleitet. (l. 27 § 3 D. de rei vind. 6, 1.) (Vgl. Sohm, Institutionen § 8; Wendt, Pand. S. 13 unter c); Gustav Rümelin, Prorektoratsrede 1891. Freiburg i. B. „Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht" S. 28; S. 39 fg. Regelsberger, Pand. I § 38.)

Hiermit übereinstimmend sagt Kohler, „Ueber die Interpretation von Gesetzen" in Grünhuts Zeitschrift Bd. 13 (1886) S. 48 fg.: Die sog. analoge Anwendung des Gesetzes ist (S. 49) „eine Neubildung der Jurisprudenz, eine Neubildung auf Grund von Rechtsprincipien, welche allerdings ihrerseits aus dem Gesetze abstrahiert sind: mit der Bildung der Principien ist die Thätigkeit des Interpreten beendet; die Weiterbildung des Rechts auf Grund dieser Principien ist Gegenstand freier juristischer Thätigkeit; sie ist nicht mehr Auslegung, sie ist Principienjurisprudenz, sie gehört zu demjenigen, was die islamatischen Juristen raj nennen: die Analogie ist der vielbesprochene kijas der Islamiten." Vgl. S. 52.

Analogie läßt sich demnach mit Dernburg a. a. O. definiren als „Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse (similia) wegen Gleichheit des Grundes." Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio. (Vgl. R. G. Bd. 21 S. 187 und Bd. 27 S. 66).

Nur was sich aus einem inneren Grunde (ratio) rechtfertigt, ist also zur Analogie verwendbar.

Gegen eine analoge Erweiterung der in Rede stehenden Präsumtion hat man geltend gemacht, daß „jede praesumtio juris ein jus singulare sei, welches bekannten Grundsätzen nach eine analoge Ausdehnung nicht zulasse." [1])

Dieser Satz ist aber nicht unbestritten. Der Streit über den Begriff und die Zulässigkeit der analogen Anwendung des ius

[1]) v. Vangerow a. a. O. § 33 S 71 Anm. 2. Ziff. 1; Sintenis, Civilrecht Bd. 1 § 13 Note 11; Wendt, Pandekten S. 13 unter c); Savigny, a. a. O. I. S. 296; Eisele in Jher. Jahrb. Bd. 23 Nr. IV S. 119—'32; (Nachtrag) Bd. 24 S. 499; Krug, Gesetzesauslegung S. 261; Trendelenburg, Naturrecht S. 163; Burckhard, die civ. Präs. (1866) S. 360; Sturm bei Gruchot a. a. O. S. 303; Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 176. — Das Reichsgericht Bd. 4 S. 142 ff. S. 129 ff. Bd 21 S. 185 ff. Bd. 22. S. 196 a. E. ist nicht prinzipiell gegen analoge Ausdehnung singulärer Sätze, sondern nur für die dort entschiedenen Fälle.

singulare hat vielmehr bis in die neueste Zeit hinein angedauert. Um so unbegreiflicher erscheint es, daß das Oberlandesgericht Oldenburg in dem mehrerwähnten Urteil vom 12. XI. 1884 auch nicht den leisesten Versuch gemacht hat, in das Meer dieser Fragen sein Senkblei hinabzuwerfen, sondern jenen Satz verwertet, als wenn er felsenfest gegründet wäre.

Bei dem Widerstreit der Meinungen erscheint eine Prüfung der Fragen unumgänglich.

§ 7. Die Zulässigkeit der analogen Anwendung des ius singulare.

In der l. 16 D. de leg. 1, 3 definiert Paulus (libro singulari de iure singulari): ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Ratio (iuris) bedeutet: Rechtsprinzip, d. h. eine dem Wesen und der inneren Natur eines Lebensverhältnisses entnommene Vorschrift. Hiervon ist begrifflich verschieden die Rechtsregel: eine Mehrzahl von gleichartigen Fällen.

Unter tenor rationis ist zu verstehen: Das Festhalten am Prinzip oder der Inhalt des Prinzips. „Jus contra tenorem rationis" ist mithin ein Rechtssatz, welcher mit diesem Prinzip in Widerspruch tritt. [1])

Die „herrschende" Ansicht, daß ius singulare nicht analog ausgedehnt werden dürfe, wird gewöhnlich gestützt auf l. 14 D. de leg. 1,3 Paulus libro 55 ad edictum. Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. Vgl. l. 15 eod.; l. 141 pr. D. de reg. iur. 50, 17; l. 162 eod. Von anderer Seite [2]) wird aber die Zulässigkeit der

[1]) Vgl. Max Graßhoff, Begriff und praktische Bedeutung des jus singulare (Göttinger Inaug.-Diss. 1890) S. 8. Regelsberger, Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts. (Sonderabdruck aus der Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Ihering) 1892 (Leipzig: Georg Böhme) S. 4.

[2]) Windscheid, Pand. § 29 insbes. Note 3 und „Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung", Leipziger Universitätsprogramm 1878 § 11. [Wenn Graßhoff a. a. O. S. 6 bei Note 3 Windscheid als Vertreter der herrschenden Ansicht aufführt, so verweise ich dem gegenüber auf Windscheids eigene Worte: „Wenn das hier Gesagte allerdings nicht der herrschenden Ansicht entspricht" (in dem cit. Programm § 11 a. E.)]; Keller, Pand. § 7 S. 14 fg.;

analogen Ausdehnung (Anwendung) des ius singulare behauptet [3]) und zur Begründung dieser Ansicht folgendes geltend gemacht.

Die l. 14 D. de leg. 1, 3 enthalte einen der allgemeinen und aus dem Zusammenhange gerissenen Aussprüche unserer Quellen, bei deren Verwertung man nicht vorsichtig genug sein könne. Dasjenige, was in der l. 14 cit. gesagt sei, hätte z. B. ganz gut am Schluß der l. 23 § 3 D. de fideic. lib. 40, 5 stehen können und wenn es daselbst gestanden hätte, würde für die Kompilatoren nicht das mindeste Hindernis vorhanden gewesen sein, es aus diesem Zusammenhange zu entheben und daraus einen selbständigen Ausspruch zu machen. Weiter hat man entgegnet, daß im Grunde alles neue Recht den vorhandenen Rechtsregeln gegenüber regelwidriges Recht (Ausnahmsrecht, „contra tenorem — introductum") sei, daß es dem bestehenden Recht oder dem, was sich aus dem bestehenden Recht als Konsequenz ergebe — und das sei eben der tenor rationis — entgegentrete. Ferner hat man sich darauf berufen, daß das ius singulare trotz des Verbots

Römer [Regelsberger Streifzüge citiert S. 12 Note 21 irrig: Rönne], Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst, S. 94 bei Note 22 in der Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 19; Zrodlowski, das röm. Privatrecht I S. 105 fg. (1877); Binding, Handbuch des Strafrechts I S. 222 Ziff. 8 und Note 11; Hölder, Pand. I S. 69 bis 71 § 13; Remy a. a. O. S. 28—37; Regelsberger, Pand. I § 31, § 38 S. 160 Z. V. Desgl. Streifzüge „Die analoge Erweiterung nach dem rechtspolitischen Motiv eines Rechtssatzes ist unzulässig". Vgl. Kohler a. a. O. S. 48 Note 124 und S. 55: „Die Analogie (ist) eine irrige, wenn das Gesetz einen Satz nicht als einen prinzipiellen, sondern als einen besonderen, nur auf gewisse Verhältnisse bezüglichen aufstellt und derselbe nunmehr per Analogie auf anderen Gebieten verwendet werden will." Dies ist der Fall bei den Verordnungen, welche „der Ungunst des Gesetzgebers" entspringen. Ferner gehören dahin die römischen Gesetze, welche Soldatenprivilegien einführten, und die Bestimmungen des römisch-canonischen Rechts zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen; sie sollen als Privilegien bestimmter socialer Stände oder bestimmter socialer Institute nur für diese Sphäre gelten.

[3]) Man ist darüber einverstanden, daß bei dem ius singulare die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne (extensive Interpretation) nicht ausgeschlossen ist. (Wendt, Pand. S. 13 sub c); Windscheid, Pand. § 29 Note 3 a. A.; Burckhard a. a. O. S. 360.) Nach Kohler a. a. O. S. 48, vgl. S. 55, ist extensive Interpretation unstatthaft „nur bezüglich solcher Verordnungen, welche der Ungunst des Gesetzgebers entspringen". „Man denke an die Beispiele, wo die Römer pro libertate interpretieren, um dem Sklavenwesen Schritt für Schritt einiges Terrain abzutrotzen."

wiederholt analog angewendet und ausgedehnt worden sei. So seien die Bestimmungen über die privilegierte Form des Militärtestaments, die Gaius in l. 2 D. de test. milit. 29, 1 als ius singulare bezeichnet, auf Civilpersonen in Feindesland ausgedehnt worden. l. 1 D. de bon. poss. ex test. milit. 37, 13. Ganz besonders aber sei das S. C. Macedonianum und das S. C. Velleianum [4]), welches gewiß ius singulare begründe, in weitem Maße ausgedehnt worden. Endlich hat man auf die ziemlich allgemein anerkannte Auslegung der Novelle 4 cap. 1 hingewiesen, durch welche die im Gesetz für den Fall der Abwesenheit des Hauptschuldners gemachte Ausnahme, (betr. die Rechtswohlthat der Vorausklage) auf den Fall des Konkurses desselben erstreckt wird. (Windscheid, Pand. § 478 Note 4.)

Wenn wir nun in den Quellen einerseits zu wiederholten Malen das Verbot der analogen Erweiterung des von Paulus definierten ius singulare lesen und andererseits verschiedene Beispiele davon finden, daß „ius singulare" trotz dieses Verbotes wiederholt analog ausgedehnt worden ist, so drängt sich uns die Frage auf: Lassen sich diese Quellenäußerungen mit einander vereinigen?

Nur wenn wir auf diese Frage eine befriedigende Antwort nicht finden, erst dann werden wir die Definiton des Paulus als „mißglückt" und „verfehlt" über Bord werfen dürfen. (Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 7 oben und Pand. S. 126. Ihering, Besitzwille S. 272.) In dieser Beziehung ist zunächst die These, welche Scharlach im Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Bülow, Degenkolb, Franklin, Mandry Bd. 62 Nr. 13. S. 435 bis 467 aufgestellt hat, zu erwähnen.

Scharlach, welchem Zitelmann im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 66 S. 348 zustimmt, sucht nachzuweisen, „daß unter jus singulare in den Quellen einzig und allein das durch die römischen Juristen kraft ihres wissenschaftlichen Ansehens aus Utilitätsgründen gegen bestehende Rechtsvorschriften eingeführte Recht verstanden werde."

---

[4]) Brinz, Pand. § 25 und Eisele a. a. O. S. 123 ff. insbes. S. 126 nehmen an, daß es sich in diesen Fällen nicht um analoge Anwendung sondern um ausdehnende Auslegung handele. Hiergegen trefflich Regelsberger Streifzüge (Sonderabdruck) S. 10 fg. Ziff. 1) vgl Pand. § 38 Ziff. IV S. 159 fg.; Hölder, Pand. § 13 S. 71. Vgl. Remy a. a. O. S. 30 fg.

Die Ansicht Scharlachs ist aber von Eisele a. a. O.; Graßhoff S. 11—13 und Regelsberger, Streifzüge S. 6 fg. (vgl. Remy a. a. O. S. 13 ff.) so gründlich widerlegt, daß sie als erledigt angesehen werden darf. [5])

Mit scharfem Blicke hat Dernburg, Pand. I § 33 (6. Aufl.) erkannt, daß Paulus bei seiner Definition in der l. 16 D. de leg. 1, 3 einseitig Rechtssingularitäten, für welche allein das Verbot der analogen Anwendung gilt, im Auge hat. Dernburg sagt: „Wir haben (beim jus singulare) zu unterscheiden Sonderrechte und Rechtssingularitäten.

Sonderrechte schließen für einen Kreis von Fällen die gemeinen Regeln und Grundsätze aus besonderen Gründen aus, sei es des Nutzens, sei es der Sittlichkeit, sei es der öffentlichen Wohlfahrt." (Beispiele: Militärtestament; restitutio in integrum der Minderjährigen; Reichskonkursordnung § 54).

„Es können sich aber im Rechte auch Rechtssingularitäten, also wahre Anomalien finden; und zwar **vor allem** aus historischen Gründen.

„Das Recht entwickelt sich in langem geschichtlichen Werden an einzelnen Fällen aus besonderen Veranlassungen, nach dem Bedürfnis und der Not des Augenblickes. Zwar liegt im menschlichen Geiste das Bestreben, dies alles zur Einheit zu gestalten. Doch erst auf höheren Stufen der Rechtswissenschaft erhält dies Streben die bewußte Herrschaft. Dann erdenkt man ein System und klassificiert die Rechtssätze nach ihrem Grunde, ihrer ratio. Daneben aber bleibt ein Bestand von Rechtssätzen zurück, welche den Vorstellungen der Vergangenheit angehören oder die, durch andere Zufälligkeiten gebildet, mit dem System nicht stimmen. Sie bilden anomales Recht, denn ihnen fehlt ein rationeller Grund. Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Doch bedenklich wäre es, sie um deswillen in Frage zu stellen: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.

---

[5]) Mit Unrecht erhebt Hölder, Pandekten S. 71 oben gegen Scharlach den Vorwurf der Willkühr, „da das ius singulare gerade ausdrücklich als ein der Rechtskonsequenz zuwiderlaufendes, also nicht durch juristische Folgerung gewonnenes bezeichnet werde." Auch Scharlach nimmt an, daß das ius singulare gegen die Konsequenz vorliegender Rechtsnormen aus Zweckmäßigkeitsrücksichten eingeführt werde. (S. 442 und S. 447 in med.)

Sie erhalten sich also als Rudimente der Vergangenheit. Aber sie wachsen nicht mehr. Sie bleiben eingeschränkt auf ihren einmal gegebenen Boden, bis sie schließlich absterben."

Während die Sonderrechte (z. B. S. C. Vellejanum), die ihren besonderen rationellen Grund haben, nach ihrer besonderen ratio auszubilden sind, lassen Rechtssingularitäten eine analoge Anwendung [6]) nicht zu. Sie sind tote Punkte des Rechtssystems.

Gegen Dernburg sind Eisele (a. a. O. S. 130 ff.), Regelsberger (Pand. I § 31 Note 4 und Streifzüge [Sonderabdruck] S. 7 fg.), Kipp bei Windscheid (Pand. § 29 Note 1) und Remy (a. a. O. S. 33) aufgetreten. Ich glaube nicht, daß es ihnen gelungen ist, Dernburg aus dem Sattel zu heben.

Sie haben folgende Einwendungen gegen Dernburgs Ansicht erhoben:

1) Wenn Dernburg sage, in der l. 16 sei eine allgemeine Definition des ius singulare nicht beabsichtigt, so sei diese Behauptung angesichts der keinerlei Einschränkung andeutenden Worte ius singulare est quod etc. die reine Willkühr. (Eisele a. a. O. S. 131; vgl. Regelsberger, Streifzüge [Sonderabdruck] S. 7 Abs. 4 a. A.; Remy a. a. O. S. 33.)

Demgegenüber hat Dernburg zutreffend auf die Zusammenstellungen bei Ihering, Besitzwille S. 269 ff. hingewiesen, welche ergeben, daß Paulus, „geistreich und zuweilen paradox, oft nur eine Seite beachtet und betont." Dafür, daß Paulus in der l. 16 cit. ausschließlich die wahren Anomalien (Rechtssingularitäten, jus singulare im engeren Sinne) im Auge hat, spricht ferner die l. 54 D. solut. matrim. dos. 24, 3. Aus dieser Stelle, welche gleichfalls ex libro singulari de iure singulari des Paulus stammt,

---

[6]) Wenn Dernburg bei Anm. 7 auch eine Ausdehnung (extensive Interpretation) der Rechtssingularitäten verneint, so kann ich ihm darin nicht beistimmen (vgl. Wendt, Pand. 1888 S. 13 sub c); Windscheid, Pand. § 29 Note 3 a. A.; Burckhard a. a. O. S. 360; Wächter, Handb. des württb. Privatr. Bd. II § 24 Note 42 S. 141; Unger, System des öster. Privatr. § 10 S. 63 und § 13 S. 87; Böcking, Pand. § 96; v. Vangerow, Pand. I § 25; Eisele a. a. O. S. 125 in medio. Sicherlich wird Dernburg die Kommorientenpräsumtion für eine Rechtssingularität erklären. Wie will er dann aber, wenn „Ausdehnung" nicht erlaubt ist, zu seiner Formulierung der Präsumtion („Eltern und Kinder", Bd. 1 § 50 Text bei Anm. 17) gelangen?

[7]) Sehr scharf urteilt Ihering über Paulus a. a. O. S. 274.

geht hervor, daß Paulus sehr wohl wußte, daß außer den Rechtssingularitäten auch die Sonderrechte (in der l. 54 cit. handelt es sich um das Sonderrecht des beneficium competentiae) zum ius singulare (im weiteren Sinne) gehören. Da das ius singulare im weiteren Sinne sich in zwei Unterarten spaltet und die eine derselben, die Sonderrechte, ein besonderes rechtliches Interesse nicht bietet, so hat es in der That etwas Anmutendes, daß Paulus bei seiner Definition lediglich der Rechtssingularitäten gedenkt. (Vgl. Graßhoff a. a. O. S. 16 fg.)

2) Die Juristen sprächen von Rechtssätzen, welche schon bei ihrem Aufkommen mit der ratio iuris in Widerspruch ständen (quod contra rationem iuris receptum est), während die Rechtssingularitäten im Sinne Dernburgs die rationelle Grundlage erst verloren hätten und jetzt nicht sowohl contra rationem als sine ratione seien.

Allein, wie schon Graßhoff a. a. O. S. 18 fg. bemerkt hat, handelt es sich bei den Worten receptum est um ein sog. Perfectum-Praesens. Der Ausdruck besagt: receptum est dasjenige, was jetzt noch gilt. Im übrigen aber drückt „contra" trotz Eisele in den Quellen sehr wohl eine bloße Privation („ohne") aus. (l. 11 § 2 D. de reb. cred. 12, 1; l. 36 § 1 D. de cond. et demonstr. 35, 1; Fragm. jur. Rom. Vatic. § 248; vgl. Graßhoff S. 19 fg. Ziff. 3.)

Die Worte „quod contra rationem receptum est" haben dieselbe Bedeutung wie diejenigen der l. 39 D. de leg. 1, 3 „quod non ratione introductum est". (Vgl. Zitelmann im Arch. für civ. Pr. Bd. 66 S. 347.)

Der Einwand zu 2 ist aber vor allen Dingen deshalb hinfällig, weil Dernburg nicht lediglich von „historischen Anomalien" sondern von Anomalien schlechthin spricht mit dem Hinzufügen, daß sie sich im Rechte **vor allem** aus historischen Gründen fänden.

Hiermit zerfällt auch die Annahme Regelsbergers (Streifzüge, Sonderabdruck S. 7), daß Dernburg unter den Rechtssingularitäten lediglich „Rückstände aus einer vergangenen Periode der Rechtsbildung", „Rudimente der Vergangenheit" begreife.

Nicht durchschlagend ist daher ferner der Einwand Regelsbergers, daß Papinianus in der l. 23 § 3 D. de fideic. libert. 40, 5 vor analoger Anwendung warne im Anschluß an einen

Rechtssatz, der im damaligen Recht nicht zu den „Rudimenten der Vergangenheit“ gezählt habe. Hierdurch erledigt sich des weiteren die Bemerkung Eisele's: Wenn die Anomalien „nicht mehr wüchsen“, wenn sie ihrer Natur nach „auf ihrem einmal gegebenen Boden eingeschränkt blieben, bis sie schließlich absturben,“ dann sei das Verbot analoger Ausdehnung sehr überflüssig.

Aus demselben Grunde endlich würde auch der Hinweis Regelsbergers auf das beneficium competentiae (l. 54 sol. matr. 24, 3) schwinden, „das gleichfalls in jener Zeit den hippokratischen Zug nicht an sich hatte“. Wie aber bereits oben bemerkt, handelt es sich in der l. 54 cit. garnicht um eine Rechtssingularität, sondern um ein Sonderrecht.

3) Die Worte „non et producendum ad consequentias“ enthielten ein Verbot: in der Wiedergabe Dernburgs „Anomalien lassen eine Ausdehnung oder gar analoge Anwendung nicht zu“ handele es sich aber nicht um ein Verbot, sondern um ein Urteil über eine Qualität dieser Anomalien.

Aber Dernburg beabsichtigt mit den Worten seines Textes keine wörtliche Uebersetzung des Fragments zu geben; der Sinn ist derselbe.

Sonach erscheinen die Versuche, Dernburgs Ansicht zu widerlegen, verfehlt. Im Resultat stimmt sie mit der von Windscheid, Keller, Römer, Zrodlowski, Regelsberger u. a. vertretenen überein, wonach der analogen Ausdehnung des ius singulare keine anderen Schranken gesetzt sind, als diejenigen, welche auch beim Regelrecht gelten.

§ 8. Die ratio der Präsumtion.

Dem vorstehenden nach hängt die Beantwortung der Frage, ob der Umfang der von uns gewonnenen Kommorientenpräsumtion einer Erweiterung mittels Analogie fähig ist, davon ab, ob sich ein innerer Grund (ratio) der Präsumtion auffinden läßt. Ueber den inneren Grund der in Rede stehenden Vermutung sind die verschiedensten — z. Teil abenteuerlichsten — Ansichten laut geworden.

Manche, z. B. Jos. Fernand. de Retes Tr. de commorientium iure in Opusc. Lib. VII cap. 5 (in Thes. Meermann. Tom. VI p. 373 fg. 377 fg.): J. G. Burgmann a. a. O. (cf. cap. I

§ 8 cap. 2 § 3 § 7—10| III § 9 [1]); Regelsberger, Pandekten § 60 S. 247 fg. nehmen an, es liege der Präsumtion die Erfahrungsthatsache zu Grunde, daß der körperlich Kräftigere länger mit der Todesgefahr ringen werde als der Schwächere.

Daß dies die ratio der Präsumtion sei, wird aber in den Quellen nirgends gesagt oder auch nur angedeutet. Auch bleibt es bei dieser Ansicht unerklärt, weshalb die Römer die fragliche Präsumtion auf den Fall des gemeinsamen Todes von Ad- und Descendenten beschränkt und nicht allgemein den Satz aufgestellt haben, daß stets der körperlich Kräftigere als der Ueberlebende anzusehen sei. Endlich leidet jener Grund, wie schon Mühlenbruch a. a. O. S. 401 mit Recht bemerkt hat, auf manche Todesarten, und zwar auf solche, welche den Römern sehr oft vor Augen schweben mußten (z. B. Vater und Sohn werden bei einer Belagerung von dem nämlichen schweren Wurfgeschütz tötlich getroffen), überall keine Anwendung.

Ansprechender erscheint die Ansicht, welche Hölder, Pandekten (1891) § 21 S. 102 fg. aufgestellt hat. Hölder sagt: „Der Wahrscheinlichkeitsschluß vom Altersverhältnisse auf das Verhältniß der Widerstandsfähigkeit gegen Lebensgefahren, auf welchem jene Präsumtion beruht, trifft zwischen Ascendenten und Descendenten wegen der wahrscheinlichen Gleichartigkeit ihrer Constitution eher zu als sonst."

Nach dieser Ansicht muß die Präsumtion folgerecht auch für uneheliche Kinder dem Erzeuger gegenüber zur Anwendung gelangen. Denn „die Wahrscheinlichkeit der Gleichartigkeit der Constitution" ist hier offenbar die gleiche wie bei ehelichen Kindern und ihrem Vater.

Die Ansicht Hölders über den Grund der mehrerwähnten Präsumtion beruht aber lediglich auf Vermutung und findet in den Quellen keine Stütze. Ihr kann daher nicht beigetreten werden.

---

[1]) Burgmann führt aus (S. 41), die Präsumtion sei ein Ausfluß der Lehre der Stoiker von der Pubertät. „Philosophiae enim stoicae placitis innutriti credebant [sc. Jcti Romani], hominem circa secundum septenarium perfici, et non corpus solum eo tempore iustum acquirere robur, sed et rationem adiungi vigori.

Die Ansichten von Mühlenbruch und Gaedcke sind bereits oben (§ 4) zurückgewiesen.

Hugo Donellus, comment. ad leg. 9 D. de reb. dub. (comment. de jure civil. lib. VIII (Frankfurt 1546) p. 375 fg. behauptet, der Grund, daß die Eltern als vor ihren mündigen Kindern verstorben gelten, sei in der großen Liebe der Eltern zu letzteren zu suchen, welche sie bewöge sich blindlings in die Gefahr zu stürzen, um ihre Kinder zu retten oder aber, wenn dies nicht möglich sei, doch bewirke, daß sie vor Schmerz über den Unfall, welcher die Kinder betroffen, halbentseelt schneller ihren Geist aufgäben. Nun sei allerdings die Liebe der Eltern zu ihren unmündigen Kindern nicht minder groß, als diejenige zu ihren mündigen, aber die Widerstandsfähigkeit der unmündigen Kinder gegen die Todesgefahr sei geringer als die der Eltern und deshalb werde angenommen, daß sie vor letzteren verstorben seien. Auch diese Erklärung ist ohne Anhalt in den Quellen und ferner um deswillen unannehmbar, weil sie die beiden von der Präsumtion befaßten Fälle, welche von den Quellen offenbar als durchaus homogen gedacht werden, aus verschiedenen Gründen ableitet.

Aus den Quellen läßt sich überhaupt nicht ersehen, was die ratio der Präsumtion gewesen sein mag, sodaß Bruns bei von Holtzendorff a. a. O. geradezu erklärt, die Vermutung sei ohne inneren Grund.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht folgender Umstand. Wie bereits oben bemerkt, ist die Kommorientenpräsumtion den alten Quellen fremd: erst die Kompilatoren haben sie eingeführt, indem sie irriger Weise das Vorhandensein einer Präsumtion dort annahmen, wo es sich lediglich um die Anwendung der allgemeinen Regeln handelte, und dann ihrerseits durch Zusätze und Aenderungen den Entscheidungen das Gepräge einer Präsumtion verliehen. Vgl. Ferrini a. a. O. S. 36 fg. Cap. III Ziff. 24. Il diritto giustinianeo trova naturalissimo che si determini per legge un' inversione nell' ordine naturale della prova, che la legge imponga di ritenere come provato quanto non lo è; tanto naturale, che, come dicemmo, le interpolazioni dimostrano che i compilatori vedevano opera di presunzione là, dove si trattava del processo ordinario del sistema probatorio e dell' applicazione delle regole generali. Ferner S. 292 [37] Ziff. 25. È inutile rammentare le numerose presunzioni legali introdotte

per via di interpolazioni o di constituzioni. . . Alcune di esse sono fallaci estensioni di concetti erroneamente supposti ne' classici. Abbiamo le presunzioni di premorienza. . . . S. 35. . . . si riprova quello che per altra via risulta, che cioè i compilatori hanno introdotta una dottrina alle antiche fonti straniere.

Die Kommorientenpräsumtion verdankt also lediglich dem Irrtum und den Mißverständnissen der Kompilatoren ihr Dasein. Sie ist von ratione introducta, sed errore primum.

Aehnlich liegt der Fall der l. 39 D. de leg. 1, 3. Celsus libro 23 Digestorum: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non obtinet, wo Celsus „davon ausgeht, daß sich auf Grund eines ursprünglichen Irrtums ein Gewohnheitsrecht gebildet habe und entscheidet, daß aus derartigen irrationalen, mehr zufälligen Rechtsbildungen analoge Schlüsse nicht zu machen seien." (Dernburg, Pand. I § 27 Anm. 4.)

Will man den vorstehenden Ausführungen nicht beipflichten, so muß doch wenigstens zugegeben werden, daß heutzutage die ratio der Kommorientenpräsumtion mit Sicherheit nicht mehr zu ermitteln ist (ratio reddi non potest). Auch in diesem Fall kann also von einer analogen Anwendung nicht die Rede sein. Vgl. Windscheid, Pand. § 53 Note 5 (7. Aufl.) „Da kein sicherer Anhaltspunkt für eine analogische Ausdehnung gegeben ist." Burckhard a. a. O. S. 361 fg.

Wenn Mühlenbruch (S. 402 und 395 fg.) der gemeinen Lehre, welche eine Beschränkung der Rechtsvermutung auf Eltern und Kinder behauptet, vorwirft, daß sie Rechtsregel und konkrete Entscheidung für identisch erkläre, was doch nur statthaft sei, „wenn entweder ganz offenbar die besonderen Merkmale des konkreten Falls den Grund, gerade einer solchen Entscheidung, enthalten, oder wenn für andere Fälle, welche sonst nach dem, aus dem jus singulare zu abstrahierenden, Grundsatze zu beurteilen sein würden, ausgemacht eine ganz entgegengesetzte Regel gilt," so trifft dieser Vorwurf das von uns befolgte Verfahren nicht. Denn wir haben mit dem einschlägigen Rechtsstoff, welchen die justinianische Sammlung enthält, bereits folgende Operationen vorgenommen. Wir haben die in Betracht kommenden Stellen zu einander in Beziehung

gesetzt und aus ihnen durch Abstraktion unter Ausschaltung der unwesentlichen Momente einen Rechtssatz gewonnen, welcher alsdann durch authentische Legalinterpretation extensiv ausgedehnt wurde. Bei dem so sich ergebenden Umfange der Präsumtion muß man aber stehen bleiben, da sich ein innerer Grund derselben nicht nachweisen läßt und daher eine Erweiterung mittelst Analogie ausgeschlossen ist.

---

§ 9. Anwendbarkeit der Präsumtion. Uebersicht über die einschlägigen Bestimmungen anderer Rechte.

Die Kommorientenpräsumtion des justinianischen Rechts gilt aber nicht unbedingt und ausnahmslos.

1) Sie kommt nicht zu Raum, wenn ihre Anwendung zu einer Regelung der Nachlaßverhältnisse führen würde, welche der vermutlichen Willensmeinung des Erblassers widerspräche. In den Quellen findet sich ein demgemäß entschiedener Fall in l. 18 § 7 D. ad S. C. Treb. 36, 1, wo der Testator seinem Erben ein Fideikommiß auferlegt unter der Bedingung, daß er (sein Erbe) ohne überlebende Kinder versterben werde, und wo dieser Erbe mit seinem mündigen Sohne in einer Gefahr umkam, ohne daß die Zeitfolge der Todesfälle zu ermitteln ist. Vgl. Pfizer a. a. O.; Sturm S. 304 bei Note 56; Dernburg, Pand. I § 50 Anm. 17; Savigny II. S. 21. Auch l. 18 § 7 cit. ist interpoliert; vgl. Ferrini S. 287 a. E. [32 a. E.]; S. 288 und 290 [35].

2) Eine Ausnahme zu Gunsten des patronatischen Erbrechts enthält die l. 9 § 2 D. de reb. dub. 34, 5. Vgl. Sturm S. 304 bei Note 57; Savigny I S. 21. Daß auch diese Stelle von den Kompilatoren zugerichtet ist, weist nach Ferrini S. 287 [32].

Die in Rede stehende Rechtsvermutung ist eine sog. praesumtio iuris, d. h. sie ist widerleglich. Das Recht läßt den Gegenbeweis zu gegen die Thatsache, welche nach seiner Vorschrift ohne Beweis als feststehend angenommen werden soll. Vgl. l. 9 § 4 D. de reb. dub. 34, 5 („nisi contrarium approbetur"); l. 22 eod.; Burckhard S. 264; Regelsberger, Pand. § 60 bei Note 3; Pfizer a. a. O. a. E.; Burgmann a. a. O. S. 13 § XIII; Windscheid, Pand. § 133 Note 10 und 11; vgl. Juristisches

Journal II. Bd. II. Heft Nr. 2 S. 97—118 (Ronneburg 1798) [1]); Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 37 S. 302 ff. [O. A. G. Erf. v. 15. April 1871]. [2]); D. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischen Rechtsmaterien. Herausgegeben von Joh. Chr. Wilh. Faselius. 2. Bd. 1795 S. 123— 125 Nr. XXXIX. [aufgenommen von Girtanner, Rechtsfälle Nr. 74] [3]).

---

[1]) „Bey der in dem Churſächſiſchen Dorfe Memleben im Jahre 1763 entſtandenen Feuersbrunſt waren das Eheweib und auch das einzige, ſechs Jahr alte Kind desjenigen Mannes, in deſſen Hauſe das Feuer ausgekommen war, Hanß Chriſtoph Schmidts umgekommen, ohne daß man wußte, welches von beyden zuerſt ſein Leben verloren hatte."

[2]) Walburga N. war mit ihren zwei noch unmündigen Kindern bei demſelben Vorgange ermordet worden, ohne daß ſich feſtſtellen ließ, welche Reihenfolge der Mörder bei Auswahl ſeiner Opfer, die den tötlichen Wunden ſofort erlegen waren, beobachtet hatte. Dem qu. Kläger ſteht die im Geſetze [fr. 9 § 1 und 4 und l. 23 D. de reb. dub. 34, 5 und im bayer. Landrechte (Th. I. Kap. VII § 39 not. Ziff. 6 lit. o und Th. III Kap. I § 9 in not. Ziff. 4 lit. d mit G. O. Kap. XII § 2 in not. lit. l)] begründete Vermutung zur Seite, daß in dem räuberiſchen Ueberfalle die Kinder vor ihrer Mutter das Leben verloren haben; Sache des Beklagten iſt es, die Wirkſamkeit der geſetzlichen Vermutung durch den Nachweis des Gegenteils auszuſchließen.

[3]) „Von einer Erbſchaftsklage in dem Fall, da eine Mutter mit ihrem unmündigen Kinde in einer Waſſerfluth zugleich umgekommen war." Die Schweſter des Klägers, Ehefrau des Beklagten, iſt am 5. Juni 1777 in der großen Waſſerflut zu E. in Sachſen mit ihrem kaum 8 Wochen alten Kinde ertrunken. Kläger berief ſich auf die in l. 9 in fin. l. 23 D. de reb. dub. 34, 5 enthaltene Rechtsvermutung, daß eine Mutter, welche mit ihrem Kinde durch einen Unglücksfall zugleich umgekommen, das Kind überlebt habe. Beklagter entgegnete, ſeine Ehefrau ſei eher als ihr Kind in die Waſſerflut geſtürzt und darin ertrunken. Sie ſei nämlich, als ein Teil des Hauſes von der Waſſerflut eingewaſchen worden, in das Waſſer geſtürzt und erſt einige Zeit darauf, als das Haus durch das Waſſer einen gänzlichen Umſturz erlitten, ſei ſeine Schweſter, welche das Kind auf dem Arme gehabt, in die Flut gefallen. Seine Schweſter habe im Fortſchwimmen von einer Säule zwei Stöße an einem Beine und am Halſe bekommen und infolgedeſſen endlich das Kind aus dem Arme fahren laſſen müſſen, um ſich ſelbſt zu retten. „§ 4. Dieweil nun das von dem Kläger angezogene Geſetz, nämlich der (!) l. 9 in fin. D. de reb. dub. wider die Vermuthung des früheren Ablebens bey einem unmündigen Kinde einen Gegenbeweiß ſelbſt verſtattet, ſo wurde dem Beklagten ſeine vorgeſchützte Einrede zu beweiſen, von dem Schöppenſtuhle [zu Jena im September 1784] auferleget."

Die Reichszivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 hat, indem sie die in den Landesrechten aufgestellten Rechtsvermutungen ausdrücklich für nicht aufgehoben erklärt, die gemeinrechtliche Kommorientenpräsumtion unberührt gelassen. (Einführungsgesetz zur C.-P.-O. § 16 Ziff. 1; Entsch. des R.-G.'s Bd. 13 S. 7; Windscheid, Pand. § 133 Note 10).

Zum Schluß eine kurze Uebersicht der in anderen Rechten bezüglich der Kommorienten enthaltenen Bestimmungen!

Die Kommorientenpräsumtion des justinianischen und gemeinen Rechts hat das sächsische Erbfolgegesetz vom 31. Januar 1829 aufgenommen. Sie ist ferner anerkannt im baierischen Recht. (Roth Bd. III § 296 Nr. 8)

Andere Partikularrechte haben keine Präsumtion, sondern nehmen den gleichzeitigen Tod an, wenn nicht das Gegenteil erwiesen werden kann. So Preuß. allg. Landrecht Teil I Tit. 1 § 39; österreich. G.-B. 1. Teil 1 Hptst. § 25 (Unger I S. 249 ff.): niederl. G.-B. Art. 878; ital. G.-B. Art. 924; sächs. G.-B. § 2007; Weimar. Ges. v. 6. April 1833 § 131; siehe sächsische Partikularrechte bei Heimbach § 74 n. 8, § 263 n. 5.

Nach dem Jütischen Low gelten die Kinder als früher gestorben. Vgl. Paulsen § 189.

Ueber schweizer. Partikularrechte siehe Huber I S. 101 ff.

Eine ganze Reihe von Präsumtionen stellt, aber nur in Beziehung auf die Beerbung, der code Nap. Art. 720—722 auf. (cf. Zachariä § 85) [4]) vgl. badisches Landrecht Satz 720 - 722.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 20 folgende Vermutung aufgenommen:

„Sind Mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so wird vermuthet, daß sie gleichzeitig gestorben seien."

---

[4]) Vgl. Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums von Nicolaus Thaddäus Gönner. Zweiten Bandes II. Heft. (Landshut, bei Philipp Krüll, Universitäts Buchhändler) 1809. S. 253—260 Nr. XIV. Kritik der Verordnungen des römischen und französischen Rechts über die Vermuthung des Ueberlebens, wenn mehrere Personen zugleich ihr Leben verloren haben.

Gönners Vorschlag: S. 259 fg. „Das Gesetz kann, wenn es auf Rechtlichkeit Anspruch machen will, auf kein anderes Resultat, als auf Salomons Urtheil zurückkommen, in dem Sinne nämlich, daß es die Erbschaft oder die sonst dabei verflochtenen Rechte unter alle jene gleichheitlich vertheilt, welche von dem „Ueberleben eines oder des andern Theils Vortheile gezogen hätten."

Vita.

Ich, Esdras Heinrich Wilhelm Mutzenbecher, evang.-luth. Konfession, Sohn des verstorbenen Geheimen Staatsrats (Vorstand des Departements der Justiz, der Kirchen und Schulen und der Militärangelegenheiten im Großh. oldenb. Staatsministerium) und Bevollmächtigten zum Bundesrate des Deutschen Reichs Gustav Wilhelm Mutzenbecher und seiner Ehefrau Anna geb. Oncken bin am 20. Oktober 1870 in Oldenburg i. Gr. geboren.

Mit dem Zeugnis der Gymnasialreife bezog ich Ostern 1890 die Universität und studierte abwechselnd in Freiburg i. Br., Berlin und Leipzig Rechts- und Staatswissenschaft bis Ostern 1893. Meine Ausbildung in dieser Wissenschaft verdanke ich den Herren Professoren bezw. Doktoren Aegidi, Biermann, Brunner, Dambach, Danz, Dernburg, Eck, Eisele, Friedberg, Goetz, Hinschius, Pernice, Philippovich von Philippsberg, Rubo, Sohm, v. Treitschke, Wach und Windscheid.

Nach Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung genügte ich in der Zeit vom 1. Oktober 1893 bis zum 30. September 1894 meiner aktiven Dienstpflicht im stehenden Heere als Einjährig-Freiwilliger beim Old. Inf.-Regt. Nr. 91, dessen Reserve ich seit dem 17. Dezember 1896 als Leutnant angehöre. In der Zeit vom 1. Oktober 1894 bis dahin 1897 war ich im Vorbereitungsdienst beim Großh. Amtsgericht und Großh. Landgericht Oldenburg, bei einem Rechtsanwalt (auch als Generalsubstitut), beim Großh. Old. und Fürstl. Schaumburg-Lippischen Oberlandesgerichte und beim Großh. Amte Oldenburg beschäftigt. Nachdem ich mich am 4. Oktober 1897 zur zweiten juristischen Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst gemeldet hatte, wurde ich am 1. November 1897 zum Amtsauditor ernannt und dem Großh. Amte Elsfleth als Hülfsbeamter zugewiesen. Am 29. Oktober 1897 wurde ich als Civilstaatsdiener beeidigt. Nach Ablegung der zweiten Prüfung für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst wurde ich am 1. Januar 1899 dem Großh. Amte Westerstede als Hülfsbeamter zugeordnet. Seit 1. Januar 1900 bin ich Amtsassessor und Hülfsarbeiter beim Großh. Staatsministerium, Departement der Justiz und Departement der Kirchen und Schulen.